

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO PENAL

*JOSÉ CIRILO DE VARGAS**

É um tema que fascina e, ao mesmo tempo, inquieta, desde quando, no final dos anos sessenta, como aluno da Graduação e estagiário do D.A.J., assisti a uma prisão ilegal na Praça Afonso Arinos 211.

Lavava carros no estacionamento em frente da Escola um rapaz do interior, humilde e inteligente, que aprendera a ler sozinho nos jornais jogados fora. Chamava-se Wilson, cantava nas horas-danças do CAAP e servia de réu nos júris simulados que Ariosvaldo e Jair patrocinavam.

Numa tarde, sem qualquer intenção de dano, esbarrou seu balde d'água na antena de um automóvel, que, por azar, pertencia a um escrivão de polícia. Entre tentativas de compor a situação, Wilson acabou sendo levado preso ao 2º distrito policial, localizado, na época, debaixo do viaduto Santa Tereza.

Tendo acompanhado o rapaz detido, já estava em vias de obter sua soltura, quando cometi o “gravíssimo” erro de dizer aos policiais que a prisão, naquelas circunstâncias, era ilegal. O até

* Professor na UFMG.

então compreensivo inspetor, julgando-se ofendido, voltou atrás e determinou o imediato encarceramento do lavador, recomendando a mim que impetrasse a ordem de *habeas corpus*, se assim o quisesse.

Dessa data até os dias de hoje já se vão quase quatro décadas; nesse alargado tempo, jamais repeti em repartições policiais o argumento da inconstitucionalidade.

Parece que as instituições jurídicas da chamada “nuestra América”, aliadas a um falso sentido de poder “del hombre macho” e do capitão do mato das capitanias hereditárias, produziram um caldo cultural em que as noções de bem e de mal, de certo e de errado, de legal e de ilegal são exclusividade daquele que ostenta o atributo da “otoridade”.

Esse sentimento acha-se tão arraigado à nossa consciência latino-americana que somos incapazes de pensar de outra maneira. Desde criança nos habituamos a baixar a cabeça e tirar o chapéu na reverência própria dos submetidos.

Proíbe-se a força do argumento racional em benefício de certo fatalismo beirado à religiosidade, como se tudo já estivesse escrito, consagrado e predeterminado. Essa “mirada mental” não se aproxima do álibi, porque ela já é o próprio álibi, onde repousa nossa consciência maltratada.

Depois, se o decurso do tempo permitir cobranças pela facilidade e comodismo de nossa resignação em face de situações culturais impostas, não podemos nos esconder sob a falsa idéia de que sempre e sempre “um valor mais alto se alevanta”. Haveremos, sim, é de pedir perdão por termos aceito o *status quo* sem opor resistência, ainda que pacífica, a estruturas jurídicas arcaicas que se mantiveram prevalentes às custas de nossa preguiça e conivência.

Sabemos que entre nós há leis ou disposições normativas com eficácia apenas formal, decorrente da observância do processo legislativo. Ou seja, a regra jurídica será vigente se emanada do poder competente (em nosso caso o poder constituinte originário de 1988) e com obediência à tramitação legal. Uma vez publicada e decorrido o período de sua *vacatio*, se houver, a lei se impõe à obediência de todos os súditos do Estado organizado.

Sabemos também que todo Estado Nacional tem uma Constituição, pois, do contrário, não seria um Estado constituído, com repercussões sobretudo no plano das relações internacionais.

A lei fundamental de um Estado destina-se, em princípio, a ter vigência indeterminada, só se extinguindo por outra, que se lhe sucede, ou pela via revolucionária.

Acolhendo princípios de ordem natural e conquistas do Homem ao longo do tempo, as Constituições inserem em seus textos os chamados direitos fundamentais, ou seja, direitos e garantias da pessoa humana perante o Estado, limitando os seus poderes.

São essencialmente direitos de autonomia e de defesa, como a liberdade e sua respectiva garantia.

Hoje encampamos plenamente a idéia de que as declarações de direitos são fruto da prepotência, do arbítrio e da insensibilidade moral dos donos do Poder no século XVIII. E, se estão catalogados na Constituição, gozam da mesma supremacia constitucional do sistema federativo, por exemplo, adotado entre nós.

A supremacia referida é uma das principais conseqüências da Constituição escrita, posta em confronto com toda a legislação ordinária federal, estadual e municipal. Existe um consenso

doutrinário quanto à aplicação da norma constitucional que trate dos direitos e garantias: é ela de eficácia absoluta e imperativa, independentemente de qualquer outra regra, que a venha regulamentar.

Além disso, é insusceptível de emenda. Daí conter a força paralisante de toda legislação ou ato de agente público ou privado que vier a contrariá-la. Essa intangibilidade vem expressa na própria Constituição, quando declara que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e as garantias individuais (art. 60, parágrafo 4º).

Talvez uma das mais importantes premissas teóricas do Contrato Social seja a de que o ser humano nasce livre, mas constantemente é submetido a coerções.

Por isso, perguntamos até que ponto e em nome de quem o cidadão pode ser coagido? Coagir o homem significa despojá-lo de liberdade.

Existem múltiplos sentidos em que a palavra liberdade é empregada. Para nós, o mais importante desses sentidos é aquele chamado pelos Autores de “negativo”: cuida-se de saber qual é a área em que o ser humano pode agir sem sofrer obstrução de outros.

Se somos impedidos de fazer, ou deixar de fazer, o que, de outro modo, poderíamos atuar ou nos abastecer, nessa medida deixamos de ser livres.

Se essa área a que nos referimos é limitada para além de um certo mínimo, dizemos que estamos coagidos. Desse modo, a coerção implica deliberada interferência no espaço de nossa livre atuação.

A liberdade, advinda do Direito Natural sem qualquer embaraço, não pode, num Estado politicamente organizado, ser

ilimitada, por acarretar uma situação em que todos poderiam ilimitadamente interferir na atuação alheia.

Em razão do impasse, convencionou-se delimitar, pela via normativa, a área de nossa livre atuação. Presumiu-se, ao mesmo tempo, que essa área mínima de liberdade não poderia ser violada em hipótese alguma (sobretudo a partir do conjunto da obra de John Stuart Mill).

A fixação dessa fronteira coube, assim, ao Poder constituinte originário e ao Legislativo, elaborando as leis. Estas, também, porque os direitos e as garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

É o que acontece com o pacto de San José de Costa Rica, de 1969. Tendo o Brasil depositado sua carta de adesão ao documento, em 25 de setembro de 1992, e tendo em vista o decreto 678/92, segue-se que o mesmo incorporou-se ao nosso ordenamento jurídico.

Nesse ponto avançamos um pouco mais para dizer que as normas do Processo penal constituem o prolongamento e a efetivação de capítulo constitucional sobre os direitos e as garantias constitucionais.

Com razão, dizia João Mendes de Almeida Júnior que “as leis do Processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do Processo são atualidades das garantias constitucionais”.

Daqui resultam certas exigências básicas: 1) de uma estrita e minuciosa regulamentação legal de qualquer intromissão INDISPENSÁVEL, no correr do processo, na esfera dos direitos do cidadão, constitucionalmente garantidos; 2) de que a lei ordinária nunca elimine o núcleo essencial de tais direitos, mesmo

quando a Constituição atribua a ela a incumbência de regulamentação; 3) de rigoroso controle judicial dos atos da administração estatal que intervenham na esfera da liberdade do cidadão; 4) de proibição de juízos ou tribunais de exceção, para fazer valer a garantia do juiz natural; 5) de proibição de prova obtida por meio ilícito; 6) de que se observem o princípio do *nulla poena sine iudicio* e seus desdobramentos fundamentais do contraditório e da ampla defesa; 7) de observância da presunção de inocência ou de não culpabilidade; 8) de que se observem a igualdade das partes e a exigência de motivação dos atos decisórios; 9) de ser mínimas as medidas cautelares que importem em restrição de direitos e garantias individuais.

Se deixamos de arrolar como exigência básica um pretensão promotor natural é porque vemos no MP um órgão executivo essencialmente acusatório e encarregado de propor a demanda criminal. Não estimamos que o MP seja órgão de defesa dos direitos da pessoa humana. A História mostra que nenhuma ditadura prescindiu de um acusador oficial, chamasse ele Freisler e vestisse a toga na Alemanha de Hitler, ou chamasse Krylenko, a serviço de Stálin na época do grande terror.

Diante da possibilidade e da freqüência no remanejamento dos funcionários do MP pelo seu chefe, é que não reconhecemos a existência de um promotor natural. Estão aí vários julgados do Supremo no sentido de não ser vedada a designação de qualquer promotor incumbido de atuar perante determinado órgão judicial.

No julgamento do HC n. 3.061, de Mato Grosso, relator o Min. Ademar Maciel, O STJ firmou o entendimento de que não existe promotor natural, em razão da “unidade” e “indivisibilidade” do MP, que sugerem exatamente o contrário, e permitem avocação de atribuições pelo procurador geral e substituição do órgão de acusação, sempre que for necessário.

Já agora em meu modo de encarar a questão, os bacharéis funcionários do MP é que reivindicam para si o status funcional que a lei atribui exclusivamente ao juiz. Na verdade, o MP é uma criação do Executivo encarregada, principalmente, de representar o Estado na propositura da ação penal e na cobrança de impostos, como acontecia até pouco tempo atrás, na década de setenta, quando as certidões de dívida ativa eram distribuídas aos funcionários do MP nas comarcas, para a respectiva cobrança. Hoje existem os procuradores da Fazenda pública.

Claro que promover a execução fiscal, ou a ação penal, ou, ainda, fiscalizar o andamento de certos feitos indicados em lei não é demérito para ninguém. O que soa jocoso é pretender equiparar esse funcionário à pessoa do juiz, na relação jurídico-processual. O funcionário do MP pratica atos essencialmente administrativos, pois não são eles nem legislativos nem judicantes.

Conquanto esteja próximo do juiz, e o auxilia com opiniões e pareceres, ocupa o lugar que lhe reserva a lei: parte ou *custos legis*, evitando-se os juízos de exceção ou instituídos segundo conveniências particulares.

Quanto à propositura ou ao acompanhamento da ação, qualquer funcionário membro do MP está legitimado. Oficiando perante a quarta vara criminal de Belo Horizonte, poderá o funcionário oferecer denúncia ou endereçar requerimento ao juiz da nona vara, dependendo apenas de seu superior. A garantia constitucional é restrita à autoridade judiciária, e tem seus precedentes na Magna Carta de João sem Terra.

Para encerrar, apontaremos algumas situações que merecem nossa atenção:

- 1) Sobre a demolida casa de detenção de São Paulo, conhecida por Carandiru, onde se amontoavam quase oito mil condenados cumprindo pena de prisão, escreveu o médico

Dráuzio Varella: “No dia 2 de outubro de 1992, morreram 111 homens no pavilhão Nove, segundo a versão oficial. Os presos afirmam que foram mais de duzentos e cinquenta, contados os que saíram feridos e nunca retornaram. Nos números oficiais não há referência a feridos. Não houve mortes entre os policiais militares” (Estação Carandiru. SP, Companhia das Letras, 1999, p. 295).

Passados treze anos, não se tem notícia de reparação civil das famílias dos executados; ninguém, até hoje, foi responsabilizado criminalmente pelo massacre. O então governador de São Paulo, Antonio Fleury Filho, foi quem ordenou a invasão do pavilhão Nove do Presídio. Fora delegado de polícia, promotor público, procurador geral de justiça e secretário de segurança. Atualmente é deputado federal e aparece com frequência na televisão. Nunca foi sequer convidado a explicar o malsinado episódio. Há pouco tempo, durante o dia e no centro da cidade de SP, seu motorista e guarda-costa disparou vários tiros contra um cidadão, que morreu na calçada, sem socorro. Ouvido por uma estação de rádio, informou ter atirado por ordem do patrão. Nem inquérito policial foi instaurado;

- 2) Merece nosso aplauso o empenho de um juiz espanhol visando conseguir a extradição, da Inglaterra para a Espanha, do ex-ditador chileno Augusto Pinochet, talvez o mais cruel e sanguinário assassino das ditaduras latino-americanas. Sob a pressão do Partido Conservador, de Margareth Thatcher, uma Corte britânica impediu o julgamento do general chileno, ao negar sua extradição. Recentemente, sua mulher e seu filho foram presos por delitos financeiros e descobriu-se que o falso moralista havia desviado para contas bancárias no exterior a

inacreditável soma de quase um bilhão de dólares. O conhecido assassino não pode ser alcançado pela justiça criminal chilena, em razão de suas imunidades de senador vitalício.

- 3) O art. 594 do CPP condiciona o recebimento da apelação ao prévio recolhimento do acusado à prisão. Parte da doutrina mais reacionária, como aquela representada pelo juiz Guilherme de Souza Nucci entende que “a idéia central é no sentido de o acusado ser uma ameaça à sociedade, colocando em risco a ordem pública, quando condenado por delito doloso sujeito à pena privativa de liberdade, ou sendo reincidente e possuidor de maus antecedentes” (Código de Processo penal comentado, 2005, p.915). O sr. Nucci, em sua arenga de gosto duvidoso, se esquece: a) a punição por dolo é a regra. Em nosso sistema a punição por culpa é excepcional; b) o conceito de ordem pública é tão difuso e controvertido que hoje em dia acha-se praticamente abandonado nas legislações processuais avançadas; c) num direito penal do fato, a reincidência não pode ser considerada nem mesmo como parâmetro auxiliar da fixação da pena. O contrário seria admitir o malsinado “Willensstrafrecht”, decorrência do direito penal do autor. Em sistemas penais de cunho democrático a reincidência não funciona sequer como agravante; d) para impetrar a revista não é necessário o prévio recolhimento do cárcere. Se a lei parte do suposto da formação da coisa julgada, que a revista pretende desconstituir, na apelação, ao contrário, a decisão impugnada não goza daquela natureza exigida como *conditio sine qua non* do recebimento da revisão. Se, para o mais não se exige a realidade do cárcere, intuitivo que para o menos é inconcebível a exigência. A verdade é que a maioria dos juízes se dispensa de raciocinar; e) o argumento definitivo é a cláusula

constitucional da presunção de inocência, acerca da qual nada é preciso dizer.

- 4) Quando a testemunha ingressa na sala de audiência, e, antes das partes, é indagada pelo juiz “o que o Sr sabe sobre esse crime”, o condutor do processo vulnera duas vezes a Constituição. Primeiro, parte da premissa de que os fatos narrados na denúncia constituem um delito, como se o acusado tivesse sido julgado e condenado por sentença passada em julgado. Em segundo lugar, fazendo as vezes de acusador público, por tomar nas mãos a iniciativa da prova, faz tabula rasa do princípio acusatório e reduz a pó a garantia do devido processo.
- 5) Diretamente ligada à unidade e à indivisibilidade do MP, coloca-se uma questão: numa ação penal de iniciativa pública, o réu é absolvido. O promotor recorre e os autos são encaminhados ao tribunal; o relator manda ouvir o MP, que emite parecer. Se o MP é uno e indivisível, como é possível um funcionário do próprio órgão emitir isentamente sua opinião sobre o mérito de um recurso manifestado por um colega?
- 6) Há muitos anos, e reiteradamente, as Constituições vêm mantendo a instituição do Júri e a soberania dos veredictos. Entretanto, o Código de Processo admite que dois juízes de uma Câmara Criminal cassem a decisão tomada pela maioria de outros sete, reunidos em conselho de sentença. Em qualquer parte do mundo, onde for relatada essa possibilidade, as pessoas supõem, com razão, que o narrador esteja apenas gracejando com a seriedade do texto constitucional.
- 7) No procedimento dos crimes dolosos contra a vida, o juiz pode pronunciar o réu e mandá-lo a julgamento pelo Júri, se houver prova da existência do crime e de indícios

suficientes de que o réu seja o seu autor, Por tudo quanto é ensinado aos alunos de Processo penal, a dúvida se interpreta em favor do réu. Sem qualquer explicação racional, tem-se entendido que nessa fase a decisão deve ser tomada *pro societate*, ou seja, contra o réu, como se o Estado pudesse ter mais interesse em punir do que em absolver. A expressão “*pro societate*” é tão absurda que leva à conclusão de que, quando há uma condenação criminal, o organismo social sempre ganha.

- 8) Quem impetra a ordem de *habeas corpus* e junta documentos, fique certo de que o relator indefere o pedido, alegando que a “via estreita” do *habeas corpus* não admite exame de prova. Ora, o princípio basilar da motivação das decisões se assenta exatamente no exame exaustivo do material probatório. Qualquer convencimento, para o sim ou para o não, se baseia é no exame da prova. E aqui retornamos ao princípio de nossa exposição. A atitude de arrogância permeia de ponta a ponta a atividade judicial e nos habituamos a isso. O que devemos é exigir que o juiz examine a prova, mesmo na via considerada estreita. A experiência mostra que a “via estreita” pode alargar-se, desde que o contribuinte, pagando o salário do juiz, exija deste o trabalho correspondente a seus proventos.